

VU Research Portal

Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop

Jansen, C.E.C.

published in

Tijdschrift Aanbestedingsrecht
2018

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jansen, C. E. C. (2018). Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop. *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, 2018(4), 27-35. [61]. https://opmaat-sdu-nl.vu-nl.idm.oclc.org/book/SDU_SDU_GENERIC_g_SDU_TAAAN042018_69162/g-SDU_TAAAN042018_69162

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

61. Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop

PROF. MR. C.E.C. JANSEN

Jan Telgen heeft in zijn carrière zijn gezonde argwaan ten opzichte van de toenemende impact van wet- en regelgeving op het domein van de overheidsinkoop, alsook de rol die juristen in het inkoop- en aanbestedingsproces vervullen, niet onder stoelen of banken gestoken. In deze bijdrage onderwerpt Chris Jansen de stelling van Telgen, dat de praktijk van de overheidsinkoop een dilemma ervaart tussen doelmatigheid en rechtmatigheid, aan een nadere beschouwing.¹

1. Inleiding, vraagstelling en opzet

Jan Telgen schreef enkele jaren geleden een interessant artikel over zijn gezonde argwaan ten opzichte van de toenemende impact van wet- en regelgeving op het domein van de overheidsinkoop, alsook de rol die juristen in het inkoop- en aanbestedingsproces vervullen.² De gedachten die hij daarin ontvouwde over het in de praktijk ervaren dilemma tussen doelmatigheid en rechtmatigheid, zijn nog altijd onverminderd actueel. Zij passen binnen het bredere kader van de sinds enkele jaren uitgedragen kritiek dat het domein van de overheidsinkoop meer en meer gejuridiseerd is geraakt en dat die ontwikkeling problematisch te noemen is. In het verlengde van die kritiek wordt soms met de vinger naar juristen gewezen: zij zouden voor de genoemde ontwikkeling medeverantwoordelijk zijn. Ook worden er oplossingen aangedragen om die ontwikkeling te keren.

In deze bijdrage wil ik de stelling van Telgen, dat de praktijk van de overheidsinkoop een dilemma ervaart tussen doelmatigheid en rechtmatigheid, aan een nadere beschouwing onderwerpen. Wat is volgens hem – en ook volgens anderen – de kern van het probleem? Wat zijn precies de oorzaken van dat probleem en welke rol spelen inkopers en juristen in dat kader? En gegeven de uitkomsten van die analyse: hoe moeten eventuele voorstellen om tot een oplossing van het vermeende probleem te komen, worden

gewaardeerd? De relevantie van een goede beantwoording van deze vragen is daarin gelegen, dat de ontwikkeling van de *governance* van de overheidsinkoop op dit moment op een belangrijk kruispunt staat.³ Het verder brengen van die ontwikkeling vereist onder andere een constructief debat over de vraag hoe de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop zich het beste met elkaar laten verenigen. Daarvoor is een goede verstandhouding nodig tussen onder andere inkopers en juristen, met wederzijds begrip voor elkaars posities. Het zijn uiteindelijk immers de inkopers die de doelmatige overheidsinkoop in concrete gevallen tot een succes moeten zien te maken, rekening houdend met het geldend juridisch kader. Dat kader is in de basis weliswaar niet door juristen vastgesteld – het vormt immers de resultante van een politiek-bestuurlijk besluitvormingsproces – maar dat laat onverlet dat het kader in de concrete inkoop- en aanbestedingspraktijk mede door juristen wordt toegepast en verder ontwikkeld.

2. Het vermeende dilemma kort geschetst

Om tot een nadere beschouwing te komen van het dilemma dat de inkooppraktijk zou ervaren, heb ik gebruik gemaakt van een aantal bronnen waarin de verhouding tussen doelmatigheid en rechtmatigheid van de overheidsinkoop als fenomeen wordt geïdentificeerd. Die bronnen gaan terug naar de vooravond van de invoering van de Aanbestedingswet, toen zowel de NEVI, VNO-NCW en MKB-Nederland zich reeds kritisch uitlieten over de juridisering van de overheidsinkoop. NEVI deed dat bijvoorbeeld in 2010, voorafgaande aan de publicatie van het wetsvoorstel

1 Deze bijdrage is eerder verschenen in: Elisabetta Manunza & Fredo Schotanus (eds.), *The Art of Public Procurement. Liber amicorum in honour of prof. dr. Jan Telgen*, Enschede 2018, p. 171-183, en mede gebaseerd op de keynote die de auteur onder de titel 'Juridisering van de overheidsinkoop' heeft uitgesproken op 11 april 2018 tijdens het congres 'De stand van het aanbestedingsrecht: coherent kader of belemmering?', georganiseerd door de Universiteit Utrecht en de Vrije Universiteit Amsterdam. Zie: <https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/55031463>.

2 J. Telgen, 'Doelmatigheid versus rechtmatigheid', *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 1-2.

3 Vergelijk ook de brief waarmee staatssecretaris Keizer van Economische Zaken en Klimaat op 16 februari 2018 de actieagenda Beter Aanbesteden aan de Tweede Kamer aanbod, *Kamerstukken II* 2017/18, 34 252, nr. 4 met bijlage.

voor de Aanbestedingswet⁴, in een tot alle politieke partijen gericht schrijven, om naast een nieuwe Aanbestedingswet ook flankerend beleid te eisen ten einde professioneel opdrachtgeverschap te kunnen realiseren:

‘De overheid is tot nu toe geneigd het gebrek aan professioneel opdrachtgeverschap te compenseren door een grote nadruk op regulering en juridisering. Een focus op de regels en het proces (rechtmatigheid), in plaats van deze in te zetten voor een optimaal resultaat (doelmatigheid). Het gevolg van dit alles is dat de overheid minder waar voor het geld van de belastingbetaler krijgt dan zou kunnen en dat maatschappelijke waarden (sociaal, duurzaamheid) onderbenut blijven. Bovendien wordt de inkoop hiermee op slot gezet, lijdt vooral het MKB onder de vele regels en gaat veel energie en tijd verloren met procedures.’⁵

Deze kritiek sluit aan bij de bewoordingen die VNO-NCW en MKB-Nederland in 2011 gebruikten in een gezamenlijke reactie in het kader van een door de Europese Commissie gehouden consultatie over het Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten:⁶

‘VNO-NCW en MKB-Nederland zien tevens een juridisering van het inkoopproces ontstaan. Het voldoen aan de aanbestedingsregels is teveel een doel op zichzelf geworden, in plaats van een middel om te komen tot doelmatige inkoop en een efficiënte besteding van het belastinggeld.’⁷

De oud-directeur van PIANOo, Wouter Stolwijk, heeft zich de afgelopen jaren bij herhaling eveneens kritisch uitgelaten

over de in zijn ogen doorgeslagen juridisering van de overheidsinkoop. Hoe zijn denken over de problematiek zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld is goed te volgen aan de hand van de verslagen van zijn congresbijdragen en interviews die op internet zijn terug te vinden.⁸ Stolwijk staat overigens niet alleen in zijn kritiek,⁹ die ik hierna nog kort zal samenvatten. Jan Telgen spreekt op zijn beurt weliswaar niet van ‘juridisering’, maar ook hij heeft dat fenomeen wel degelijk op het oog wanneer hij het vermeende dilemma tussen doelmatigheid en rechtmatigheid van de overheidsinkoop in zijn hiervoor aangehaalde artikel problematiseert.¹⁰

Hoe zit dat nu precies met dat in de praktijk ervaren dilemma? Wat zit de critici in de kern dwars wanneer zij spreken over de ‘juridisering’ van de overheidsinkoop? Het primaire doel van de overheidsinkoop, zo stellen zij allereerst terecht, is de inkoop van een prestatie – de levering van een product, een werk of een dienst – waarbij zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd. Hoe beter men erin slaagt dat doel te bereiken, des te doelmatiger is de inkoop.¹¹ De volgende denkstap die de critici zetten, is deze. In hun streven naar een zo doelmatig mogelijke inkoop, moeten overheidsinkopers de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht in acht nemen. Deze inkopers, aldus de critici, zijn te zeer en te eenzijdig gefocust op de naleving van deze beginselen en regels,¹² uit angst dat zij daarmee in strijd handelen. Die angst, aldus nog steeds de critici, werkt verlamdend en zorgt ervoor dat inkopers niet dan wel onvoldoende bezig zijn met het primaire doel: de inkoop zo te organiseren dat zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke

4 Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 2.
5 NEVI: overheid mist jaarlijks tien miljard besparing met inkoop, gepubliceerd op 18 april 2010, zie: <https://jobs.f-facts.nl/nieuws/nevi-overheid-mist-jaarlijks-10-miljard-besparing-met-inkoop-2298>.
6 Europese Commissie, Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, COM(2011) 15, 27 januari 2011.
7 Reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland op het groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten, gepubliceerd op 5 mei 2011, zie: https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/FISMA/markt_consultations/Library/Public%20procurement/Modernising%20the%20EU%20public%20procurement%20policy/Registered%20organisations/vnoncw_nl.pdf.

8 Wouter Stolwijk, *Hoe worden opdrachten vergeven? Welke criteria worden hiervoor gehanteerd?*, Ooa Lentedag 24 april 2013, aankondiging gepubliceerd op: <https://www.ooa.nl/download/?id=17900689>; F. Blankena, ‘Weg uit de juristerij’, waarin verslag wordt gedaan van een gesprek met onder andere Stolwijk, *iBestuur online* 11 juni 2015, gepubliceerd op: <https://ibestuur.nl/nieuws/weg-uit-de-juristerij> en in *iBestuur* nr. 15, juli 2015, p. 32 t/m 35; Wouter Stolwijk, *Aanbesteden als commercieel proces*, Weg en Water Congres 30 september 2015, waarvan op 12 oktober 2015 een verslag werd gepubliceerd op *Aanbestedingscafé.nl*: <https://www.aanbestedingscafe.nl/aanbesteden-een-commercieel-proces/>; Wouter Stolwijk, *Aanbesteden: een kruistocht tegen juridisering*, *iBestuur Congres* 20 januari 2016 en het daaraan voorafgaande interview door F. Blankena, ‘Aanbesteden verstrikt geraakt in de procedures’, *iBestuur online*, 19 januari 2016, gepubliceerd op: <https://ibestuur.nl/ibestuurcongres/aanbesteden-verstrikt-geraakt-in-de-procedures>; I. Koenen, ‘Oud-Pianoo directeur: Schaf Aanbestedingswet af’, naar aanleiding van de bijdrage van Wouter Stolwijk aan het congres Ontwikkelingen Aanbestedingsrecht 2017 op 21 maart 2017, *Cobouw*, 23 maart 2017, gepubliceerd op: <https://www.cobouw.nl/infra/nieuws/2017/03/oud-pianoo-directeur-schaf-aanbestedingswet-af-101247568>.
9 Zie bijvoorbeeld F. Blankena, *De 7 meest voorkomende reflexen in publieke inkoop*, NEVI Whitepaper 2015, p. 1-2. Zie ook H. van der Horst en M.-A. Schenk, *Aanbesteden doe je zo. Praktijkboek opdrachten overheid, defensie, nutssector & concessies*, 4^e druk 2016, Vakmedianet, p. 20 en p. 33.
10 J. Telgen, ‘Doelmatigheid versus rechtmatigheid’, *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 1-2.
11 J. Telgen, ‘Doelmatigheid versus rechtmatigheid’, *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 1.
12 Vergelijk ook H.D. van Romburgh, *Quod non est in actis... Van proportionaliteit naar professionaliteit*, inaugurele rede RUG 2014, p. 12.

middelen wordt gerealiseerd.¹³ Om het in de woorden van Stolwijk uit te drukken: 'Juridisch klopt het, maar het beoogde resultaat blijft vaak uit het zicht'.¹⁴

Dat inkopers bang zijn om niet rechtmatig te handelen en daardoor in de kramp schieten, met als gevolg dat de doelmatigheid uit het zicht raakt, ligt volgens Jan Telgen niet alleen aan de inkopers zelf maar is ook te wijten aan de juristen. Daarmee doelt hij zowel op de wetgevingsjuristen, de rechterlijke macht als op – het zijn de woorden van Telgen – 'de vele hele en halve juristen die zich als adviseurs en advocaten met aanbestedingen bemoeien'.¹⁵ In dit verband wijst hij op twee fouten die juristen in de loop der tijd zouden hebben gemaakt en die zouden hebben bijgedragen aan het in *de praktijk door inkopers ervaren dilemma tussen doelmatigheid en rechtmatigheid*:

'In de eerste plaats is gepoogd om het 'hoe' van het inkopen te vatten in gedetailleerde regels. Zowel in de regels zelf als in de jurisprudentie daaromheen zie je die gedetailleerde uitwerking (...). In de tweede plaats zijn de regels een eigen leven gaan leiden: ze zijn belangrijker geworden dan hun bedoeling. Voorbeelden te over: de bedoeling van de regels is om eerlijke concurrentie te waarborgen, daarom mag de ene aanbieder niet meer tijd hebben om een offerte in te dienen dan de ander. Maar wordt dat echt bereikt door een offerte die vijf minuten te laat binnen komt (terwijl de andere nog niet geopend zijn) uit te sluiten? En is het echt slim om een aanbieder uit te sluiten als hij vergeet een bewijs van inschrijving bij de KvK in te dienen of als dat bewijs meer dan zes maanden oud is? (...). Ik snap dat in het kader van de rechtszekerheid een set aan afspraken nodig is, maar genoemde voorbeelden zorgen in ieder geval niet voor een verbetering van de doelmatigheid (...).'¹⁶

In het navolgende ga ik er veronderstellenderwijs van uit dat het dilemma tussen doelmatigheid en rechtmatigheid in de praktijk inderdaad door inkopers wordt ervaren zoals hiervoor is geschetst. Wat valt er dan vervolgens te zeggen over de rol die Telgen – maar ook anderen – in dat kader

zowel aan het aanbestedingsrecht als aan juristen toekennen?

3. Aanbestedingsrecht versus overheidsinkoop: doelstellingen

Op dit punt aanbeland, is het denk ik goed om eerst enige ordening en verduidelijking aan te brengen wat betreft het onderscheid tussen de doelstellingen van het *aanbestedingsrecht* en de doelstellingen die met de *overheidsinkoop* (kunnen) worden gediend. In dat kader kan dan ook iets worden gezegd over de vraag of en in hoeverre die doelstellingen met elkaar samenvallen. De in de vorige paragraaf geciteerde uitspraak van Jan Telgen laat namelijk zien dat hier verwarring over zou kunnen bestaan, in die zin dat hij enerzijds stelt dat geprobeerd is het 'hoe' van het *inkopen* in gedetailleerde regels te vatten, terwijl hij anderzijds opmerkt dat het de bedoeling van het *aanbestedingsrecht* is om eerlijke concurrentie te waarborgen. Het laatste is waar, maar het eerste mijns inziens niet.

Vooropgesteld: de beginselen en regels, zoals die in de Aanbestedingswet zijn opgenomen, bevatten gedragsverplichtingen voor aanbestedende diensten. Met die inderdaad zeer gedetailleerde verplichtingen heeft de wetgever in de kern voor ogen dat een aanbestedende dienst de ondernemingen die in de opdracht zijn geïnteresseerd gelijke kansen biedt op het verwerven van die opdracht. *Dat* is het primaire doel van het *aanbestedingsrecht*. Nog afgezien van het feit dat de focus op deze doelstelling het resultaat is van een politiek-bestuurlijk besluitvormingsproces, vat het aanbestedingsrecht het 'hoe' van het inkopen dus ook, overigens enkel en alleen, in gedetailleerde regels voor zover het die ene doelstelling betreft: zorgen dat aanbestedende diensten gelijke kansen aan ondernemingen bieden. Het aanbestedingsrecht geeft immers geen antwoord op de vraag – en zeker niet in de vorm van gedetailleerde regels – 'hoe' aanbestedende diensten overigens de met de *overheidsinkoop* beoogde doelstellingen moeten zien te bereiken.¹⁷

Dat het bieden van gelijke kansen aan ondernemingen het primaire doel van het *aanbestedingsrecht* is, betekent natuurlijk nog niet dat dit ook een doelstelling van *overheidsinkoop* is, en zeker niet dat het hier om de *primaire* doelstelling van overheidsinkoop zou gaan. Wat de doelstellingen van overheidsinkoop *zijn* of zouden *moeten* zijn, en hoe zij zich tot elkaar zouden moeten verhouden, *dat* zou nu juist onderwerp van het te voeren debat moeten zijn. We kunnen inmiddels immers een flinke lijst van onderwerpen samenstellen, die allemaal doelstellingen van overheidsinkoop zouden *kunnen* zijn. Dat een aanbestedende dienst met de inkoop van een bepaalde prestatie streeft naar de beste prijs-kwaliteitverhouding en naar het realiseren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke

13 J. Telgen, 'Doelmatigheid versus rechtmatigheid', *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 1-2; Wouter Stolwijk, *Aanbesteden: een kruistocht tegen jurisprudentie*, iBestuur Congres 20 januari 2016 en het daaraan voorafgaande interview door F. Blankena, 'Aanbesteden verstrikt geraakt in de procedures', iBestuur online, 19 januari 2016, gepubliceerd op: <https://ibestuur.nl/ibestuurcongres/aanbesteden-verstrikt-geraakt-in-de-procedures>. Ik ga voorbij aan de impliciete waardeoordelen die in de gevolgde redenering schuil gaan met betrekking tot de wijze waarop inkopers hun vak zouden uitoefenen. Zie daarover de behartenswaardige column van T. van der Linden, 'Wouter Stolwijk heeft ongelijk', *Aanbestedingscafé.nl*, 1 februari 2016, gepubliceerd op: <https://www.aanbestedingscafe.nl/wouter-stolwijk-heeft-ongelijk/>.

14 Zie F. Blankena, 'Aanbesteden verstrikt geraakt in de procedures', iBestuur online, 19 januari 2016, gepubliceerd op: <https://ibestuur.nl/ibestuurcongres/aanbesteden-verstrikt-geraakt-in-de-procedures>.

15 J. Telgen, 'Doelmatigheid versus rechtmatigheid', *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 2.

16 J. Telgen, 'Doelmatigheid versus rechtmatigheid', *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 2.

17 Dat de Aanbestedingswet ook een aantal zorgplichten regelt die verband houden met wat velen – terecht denk ik – als de primaire doelstellingen van *overheidsinkoop* beschouwen, doet aan het voorgaande niet af. Ik kom hier uitvoeriger over te spreken in paragraaf 6 hierna.

middelen, daar zal op zich weinig discussie over bestaan. Of overheidsinkoop daarnaast ook tot doel heeft leveranciers te stimuleren tot product- en procesinnovatie en tot het aanbieden van duurzame en maatschappelijk verantwoorde oplossingen die bijdragen aan de bevordering van het milieu, de werkgelegenheid en de mensenrechten, is een vraag die weliswaar aanleiding blijft geven tot discussie maar die daarnaast steeds vaker bevestigend wordt beantwoord. Dat geldt ook voor de vraag of aanbestedende diensten de overheidsinkoop zouden moeten inzetten om het midden- en kleinbedrijf verder te versterken.

Hoe past in deze opsomming van doelstellingen van overheidsinkoop het streven om ondernemingen gelijke kansen op het verkrijgen van de opdracht te bieden? Is ook *dat* een doelstelling van overheidsinkoop? Of is het slechts een middel om tot de verwezenlijking van andere, nog niet eerdergenoemde, doelstellingen te komen? Is dat het bevorderen van de mededinging met het oog op het tot stand brengen van één Europese binnenmarkt zonder binnengrenzen voor overheidsopdrachten, waarmee een positieve bijdrage kan worden geleverd aan tal van sociale en economische doelstellingen? En zou het bieden van gelijke kansen aan ondernemingen daarnaast niet tevens dienstbaar kunnen zijn aan de hiervoor reeds genoemde (andere) doelstellingen van overheidsinkoop? Hoe men deze vragen ook wenst te beantwoorden en of men het bieden van gelijke kansen aan ondernemingen dan ziet hetzij als een volwaardige doelstelling van overheidsinkoop, hetzij louter als een randvoorwaarde waarbinnen de eigenlijke doelstellingen van overheidsinkoop gerealiseerd dienen te worden, men kan er uiteindelijk niet omheen dat aanbestedende diensten bij de organisatie van de overheidsinkoop wettelijk verplicht zijn die gelijke kansen te bieden.

Als we er nu eens van uitgaan dat het *aanbestedingsrecht* in de kern is ingericht als instrument dat beoogt te bevorderen dat ondernemingen gelijke kansen krijgen, dan rijst vervolgens de vraag in hoeverre dat instrument er *op voorhand* aan in de weg staat dat doelstellingen die met de *overheidsinkoop* worden beoogd, daadwerkelijk worden gerealiseerd. Anders gezegd: is het een inherente eigenschap van de verplichting tot het bieden van gelijke kansen dat aanbestedende diensten die verplichting alleen kunnen naleven ten koste van de doelstellingen die zij primair met de overheidsinkoop voor ogen hebben? En zou dat er dan niet voor pleiten om de verplichting tot het bieden van gelijke kansen nog eens te heroverwegen?

4. Weg met de verplichting tot het bieden van gelijke kansen?

Laat ik mij haasten op te merken dat Jan Telgen deze vraag ontkennend beantwoordt.¹⁸ Van Weele, Van Berkel-Schoo-

nen en Walhof lijken er hetzelfde over te denken.¹⁹ Ook het huidige regeringsbeleid – ik verwijs in het bijzonder naar het traject Beter Aanbesteden²⁰ – is gebaseerd op de tijdens de evaluatie²¹ van de Aanbestedingswet gegroeide veronderstelling dat de wet op zichzelf niet op voorhand in de weg staat aan een doelmatige organisatie van de overheidsinkoop. Manunza wijst zelfs op het positieve effect dat naleving van de verplichting tot het bieden van gelijke kansen aan ondernemingen heeft op de verwezenlijking van doelstellingen van overheidsinkoop.²²

Voor zover ik het kan overzien, denkt alleen Stolwijk hier anders over. Hij verzet zich in beginsel niet tegen de gedachte dat aanbestedende diensten in concurrentie moeten aanbesteden. En net als Telgen dat doet,²³ neemt ook Stolwijk tot uitgangspunt van zijn redenering dat men niet de ogen kan sluiten voor de inkooppraktijk die laat zien dat, wanneer men in alle gevallen onverkort vasthoudt aan de verplichting tot het bieden van gelijke kansen, dit tot ondoelmatige uitkomsten van het inkoopproces kan leiden. In de benadering van Stolwijk echter – en in zoverre scheiden zich de wegen van Stolwijk en Telgen²⁴ – behoeft helemaal niet te worden gezocht naar een oplossing van het dilemma waarmee het realiseren van een doelmatige overheidsinkoop kan worden verenigd met een verplichting tot het bieden van gelijke kansen aan ondernemingen. In zijn visie heeft laatstbedoelde verplichting – alsook het resultaat dat met de naleving daarvan zou kunnen worden bereikt – namelijk helemaal niets van doen met de doelstellingen van *overheidsinkoop*:

‘Waar gaat aanbesteden nu over? (...) In ieder geval niet over rechtvaardig verdelen. Dat is ook een verkeerde visie. We denken dat we het belastinggeld weer eerlijk over de markt moeten verdelen. Daar geloof ik helemaal niets van. Aanbesteden is geen subsidie, geen vergunning en geen sociale uitkering. Er is maar één doel van aanbesteden en dat is: *best value for taxpayers money*.’²⁵

Dat een verplichting tot het bieden van gelijke kansen niet thuishoort in het domein van de overheidsinkoop, kan

18 J. Telgen, ‘Doelmatigheid versus rechtmatigheid’, *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 1.

19 A. van Weele, J. Van Berkel-Schoonen en G. Walhof, *Inkoop in strategisch perspectief. Shoppen voor professionals*, Vakmedianet, Alphen aan den Rijn 2017, p. 207.

20 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 252, nr. 2 en de brief van Staatssecretaris Keijzer van EZK van 16 februari 2018 waarmee zij de actieagenda Beter Aanbesteden aan de Tweede Kamer heeft aangeboden, *Kamerstukken II* 2017/18, 34 252, nr. 4.

21 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 252, nr. 1, p. 7-8.

22 E.R. Manunza, ‘Ellende bij aanbesteden niet door regels Europa’, *Cobouw* 19 juni 2015, gepubliceerd op file:///Users/cjn260/Downloads/CO-BOUW_20150619_1_005_article31.pdf.

23 Zie het citaat aan het einde van de vorige paragraaf.

24 Zie hierna paragraaf 5 waarin wordt ingegaan op de door Jan Telgen voorgestane oplossing van het dilemma.

25 Wouter Stolwijk, *Aanbesteden als commercieel proces*, Weg en Water Congres 30 september 2015, waarvan op 12 oktober 2015 een verslag werd gepubliceerd op *Aanbestedingscafé.nl*: <https://www.aanbestedingscafe.nl/aanbesteden-een-commercieel-proces/>.

volgens Stolwijk ook met juridische argumenten worden onderbouwd:

‘Aanbestedingsjuristen zou ik willen vertellen: denk nog eens heel goed na over je eigen vak en waarom het aanbestedingsrecht, wat toch privaatrecht is, behandeld wordt alsof het publiekrecht is. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden onverkort toegepast, terwijl inkopen toch geen bestuurlijke actie is. Dat vind ik een fundamenteel probleem.’²⁶

Het feit dat overheidsaanbestedingsgeschillen tot de competentie van de *burgerlijke* rechter behoren en dat een geslaagde overheidsaanbesteding uitmondt in de totstandkoming van een *privaatrechtelijk* overheidscontract, heeft Stolwijk mogelijk op de gedachte gebracht dat het domein van overheidsinkoop volledig door het privaatrecht wordt beheerst en dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daar niets te zoeken hebben. Die gedachte is, met alle respect, onjuist. De regels die van toepassing zijn op het aangaan en uitvoeren van overheidscontracten, worden in ons land niet bepaald door de juridische kwalificatie van het specifieke contract in kwestie en evenmin door de aard van de rechter die bevoegd is te oordelen over geschillen met betrekking tot dat contract. Anders dan de meeste andere landen – die nota bene over een sterke publiekrechtelijke inbedding van het overheidscontractenrecht beschikken! – kent Nederland een gemengd stelsel, in die zin dat privaatrechtelijke overheidscontracten op grond van artikel 3:14 BW²⁷ niet alleen worden beheerst door regels van privaatrecht, maar ook door de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.²⁸ En nog afgezien daarvan: het is ook overigens zo dat zelfs wanneer een aanbestedingsprocedure volledig door het privaatrecht wordt beheerst – zoals het geval is bij zogenoemde private aanbestedingen in het bedrijfsleven – een verplichting tot het bieden van gelijke kansen zonder enige vorm van regulering kan worden erkend op grond van de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid, en zich slechts met moeite buiten de deur laat houden.²⁹

De verplichting van aanbestedende diensten om ondernemingen gelijke kansen te bieden wanneer zij overheidsopdrachten in concurrentie aanbesteden, heeft al met al dus weinig met onnodige juridisering van overheidsinkoop te maken. Die verplichting vindt al decennialang een stevig fundament in het *recht*.³⁰ Dat die verplichting vervolgens ook in de *wet* is verankerd en nader is uitgewerkt, vormt de resultante van een uitvoerig politiek besluitvormingsproces. Wie het met dat resultaat niet eens is, moet consequent zijn. Dat is Stolwijk uiteindelijk ook: hij pleit voor de afschaffing van de Aanbestedingswet als oplossing voor het vermeende dilemma tussen doelmatigheid en rechtmatigheid.³¹

5. Aanbestedingsrecht: van een ‘rule based’ naar een ‘principle based’-benadering?

Anders dan Stolwijk zoekt Telgen wél naar een oplossing van het dilemma die het mogelijk maakt om het ideaal van een doelmatige overheidsinkoop te verenigen met een verplichting tot het bieden van gelijke kansen aan ondernemingen. Het vertrekpunt van zijn redenering is dat de aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen inmiddels zijn uitgegroeid tot een omvangrijk stelsel van gedetailleerde regels die een aanbestedende dienst moet naleven om te waarborgen dat ondernemingen gelijke kansen krijgen. Daar zitten bovendien regels tussen waarvan Telgen zich afvraagt of de handhaving daarvan nu echt wel bijdraagt aan het waarborgen van kansgelijkheid in het concrete geval, mede gelet op het feit dat die handhaving kan resulteren in een minder doelmatige inkoop. De voorbeelden die hij in dat kader noemt, bevinden zich overigens allemaal in de sfeer van inschrijvingen die zouden kunnen bijdragen aan de doelmatigheid van de inkoop, maar die de aanbestedende dienst noodgedwongen terzijde moet schuiven vanwege het feit dat er formele gebreken aan die inschrijving kleven.³²

Voordat ik toekom aan de bespreking van de door Telgen voorgestelde oplossing, eerst het volgende. Als onderdeel van zijn betoog, waarin hij uitwerkt wat in zijn ogen de kern van het probleem is en hoe dat probleem zou kunnen worden opgelost, maakt Telgen de opmerking – hij is overigens niet de enige die dat heeft gedaan – dat juristen procedurefouten van aanbestedende diensten aangrijpen om te proberen een beslissing die onwettig is voor de onder-

26 Wouter Stolwijk, *Aanbesteden: een kruistocht tegen juridisering*, iBestuur Congres 20 januari 2016 en het daaraan voorafgaande interview door F. Blankena, ‘Aanbesteden verstrikt geraakt in de procedures’, *iBestuur online*, 19 januari 2016, gepubliceerd op: <https://ibestuur.nl/ibestuurcongres/aanbesteden-verstrikt-geraakt-in-de-procedures>.

27 Art. 3:14 BW: ‘Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht’. Vergelijk in dit verband ook art. 3:1 lid 2 Awb.

28 Zie hierover F.J. van Ommeren, P. Huisman & C.E.C. Jansen, ‘Judicial and extra-judicial protection regarding public contracts in the Netherlands’, in: L. Folliot-Lalliot & S. Torricelli (eds.), *Oversight and Challenges of Public Contracts*, Bruylant 2018, p. 173 t/m 197 op p. 176-177.

29 Zie HR 3 mei 2013 (KLM/CCC), NJ 2013/572, m.nt. C.E.C. Jansen. Zie ook C.E.C. Jansen, ‘Wanneer mogen deelnemers aan een private aanbesteding redelijkerwijs de verwachting ontlenen dat de aanbestedende de beginselen van aanbestedingsrecht in acht zal nemen?’, *JAAN* 2015/903, p. 492-501.

30 Vergelijk in dit verband ook M. Paapst, ‘Pianoo bewijst aanbesteders geen dienst’, *iBestuur online*, 12 februari 2016, gepubliceerd op: <https://ibestuur.nl/weblog/pianoo-bewijst-aanbestedende-diensten-geen-dienst>.

31 Zie Wouter Stolwijk, *Aanbesteden als commercieel proces*, Weg en Water Congres 30 september 2015, waarvan op 12 oktober 2015 een verslag werd gepubliceerd op *Aanbestedingscafé.nl*: <https://www.aanbestedingscafe.nl/aanbesteden-een-commercieel-proces/>; I. Koenen, ‘Oud-Pianoo directeur: Schaf Aanbestedingswet af’, naar aanleiding van de bijdrage van Wouter Stolwijk aan het congres Ontwikkelingen Aanbestedingsrecht 2017 op 21 maart 2017, *Cobouw*, 23 maart 2017, gepubliceerd op: <https://www.cobouw.nl/infra/nieuws/2017/03/oud-pianoo-directeur-schaf-aanbestedingswet-af-101247568>

32 Zie het citaat aan het einde van paragraaf 3 hiervoor.

neming waarvoor zij optreden, terug te laten draaien.³³ Wat mij betreft kan er geen misverstand over bestaan: wanneer een aanbestedende dienst handelt op een wijze die in strijd is met de wet, dan is het natuurlijk het goed recht van een onderneming die zich daardoor benadeeld voelt om aan te dringen op handhaving van de wet. En wanneer juristen – hetzij in de rol van partijadviseur, hetzij in de rol van geschilbeslechter – zich dan uitspreken over de vraag of er inderdaad is gehandeld in strijd met de wet, dan doen zij niet meer dan hun werk. Dat kan men weliswaar een vorm van juridisering vinden die afbreuk doet aan de doelmatigheid van de overheidsinkoop, maar om daar vervolgens een negatieve connotatie aan te kunnen geven is toch echt méér nodig dan de enkele constatering dat een onderneming om handhaving van de wet vraagt en een geschilbeslechter daar gehoor aan geeft.

Het voorgaande geldt ook voor de opmerking – ik heb er Telgen overigens niet op kunnen betrappen – dat wanneer juristen door inkopers om advies worden gevraagd, zij zich zouden opstellen als experts die vertellen hoe de inkoper zou moeten inkopen en aanbesteden.³⁴ Die stelling wordt vervolgens onderbouwd door de enigszins ridicule vergelijking te trekken met medische juristen die artsen zouden vertellen wat ze moeten doen om een goed arts te zijn, en vaders die hun kinderen het spelregelboekje van de KNVB geven met de woorden: ‘Als je dit maar goed leert, dan kun je voetballen’. Volgens mij is hier sprake van een misverstand. Een jurist beoordeelt desgevraagd slechts of een inkoper met de voorgenomen formulering of toepassing van een opdrachtspecificatie, uitsluitingsgrond, geschiktheidseis, nadere selectie-eis of beoordelings- en gunningssystematiek binnen de kaders van het *aanbestedingsrecht* blijft. Zoals ik hiervoor heb betoogd, zegt het aanbestedingsrecht enkel en alleen iets over die eisen en criteria voor zover dat relevant is vanuit het perspectief van zijn doelstelling: het bieden van gelijke kansen. Het aanbestedingsrecht zegt dus *niets* over hoe die eisen en criteria het beste zouden kunnen worden ingericht en toegepast in het licht van de doelstellingen die de aanbestedende dienst met de *overheidsinkoop* als zodanig voor ogen heeft. Daar bemoeit de jurist zich dan ook niet mee: *dat* mag de inkoper zelf uitvinden. En zoals ik hieronder nog zal uitwerken,³⁵ zit *daar* volgens mij de oorzaak van het probleem dat Telgen presenteert als een dilemma tussen doelmatigheid en rechtmatigheid. Maar laat ik, alvorens daarop in te gaan, eerst de oplossing bespreken die Telgen voor dat probleem heeft voorgesteld. Dat de aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen inmiddels zijn uitgegroeid tot een omvangrijk stelsel van gedetailleerde regels, is ontegenzeggelijk waar. En wanneer de consequentie van dat stelsel inderdaad is dat

inkopers – bijna als verlamd door angst niet rechtmatig te handelen – beslissingen nemen die onvoldoende bijdragen aan de doelmatigheid van de overheidsinkoop, dan valt er iets voor te zeggen om dat stelsel eens kritisch tegen het licht te houden. Wat Telgen in dit verband heeft voorgesteld, is af te stappen van de ‘rule based’-benadering die aan het huidige stelsel ten grondslag ligt en die te vervangen door een ‘principle based’-benadering. Geen gedetailleerde regels meer, maar enkel beginselen opnemen in de wet, die vervolgens zowel voor aanbestedende diensten – bij de organisatie van de inkoop – als voor rechters – bij de beoordeling van de rechtmatigheid van die organisatie – als kader kunnen fungeren wanneer zij hun inkoopbeslissingen nemen.³⁶ Dit idee – dat overigens al eerder is geopperd door Arrowsmith³⁷ – gaat er mijns inziens echter aan voorbij dat de meeste van de gedetailleerde regels, waar veel van de geschillen in Europese aanbestedingsprocedures dikwijls over gaan, nu juist regels zijn die helemaal niet in de Aanbestedingswet zelf zijn opgenomen. Het zijn nadere regels die door rechters op een geval-tot-geval-basis zijn afgeleid van de door Telgen bedoelde beginselen, die op hun beurt wél in de wet staan. Hetzelfde zien we de laatste jaren in feite ook al gebeuren in het kader van de zogenoemde nationale aanbestedingen en de meervoudig onderhandse procedures. Daar hebben zowel aanbestedende diensten als rechters van meet af aan met die ‘principle based’-benadering moeten werken, bij gebreke aan een uitwerking van de beginselen in nadere wettelijke regels.³⁸ En we zien waar die benadering vervolgens toe heeft geleid: bij gebrek aan concrete gedragsnormen in de wet zelf, wordt in de jurisprudentie voor wat betreft de invulling en uitwerking van deze gedragsnormen in toenemende mate aansluiting gezocht bij de gedetailleerde regels zoals die reeds gelden voor Europese aanbestedingsprocedures.³⁹ Wat ik met het voorgaande wil zeggen, is dat niet kan worden uitgesloten dat een ‘principle based’-benadering uiteindelijk toch weer uitmondt in een stelsel van nadere regels, waar Telgen nu juist van af lijkt te willen.

De kwestie is volgens mij veel meer dat de ontwikkeling van die nadere regels tot een coherent en praktisch toepasbaar regelstelsel, dat inkopers in staat stelt zelfstandig voorspelbare uitkomsten te doen, op dit moment nog volop gaande is. Dat die ontwikkeling nog niet voor alle typen geschillen is voltooid, *kan* zowel onder inkopers als onder juristen tot rechtsonzekerheid leiden. Ik ben de laatste om te beweren dat dit een ideale situatie is. Maar ik zou mij daar pas echt zorgen over gaan maken, wanneer te verwachten valt dat die situatie van rechtsonzekerheid maar eindeloos blijft voortduren. En dat ligt niet in de lijn der verwachtingen. Het gaat hier om een normale ontwik-

33 J. Telgen, ‘Doelmatigheid versus rechtmatigheid’, *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 2.

34 Zie Wouter Stolwijk, *Aanbesteden als commercieel proces*, Weg en Water Congres 30 september 2015, waarvan op 12 oktober 2015 een verslag werd gepubliceerd op [Aanbestedingscafe.nl](https://www.aanbestedingscafe.nl/aanbesteden-een-commercieel-proces/): <https://www.aanbestedingscafe.nl/aanbesteden-een-commercieel-proces/>.

35 Zie paragraaf 6 hierna.

36 J. Telgen, ‘Doelmatigheid versus rechtmatigheid’, *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 2.

37 S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement. Regulation in the EU and UK*, Volume 1, Sweet & Maxwell, London 2014, p. 230 e.v.

38 Zie in dit verband de afdelingen 1.2.3 en 1.2.4 Aw 2012.

39 Vergelijk in dit verband de aanbeveling van de CvAE 14 juli 2017, Advies 417, overweging 7.

keling, die we ook op andere terreinen binnen het aanbestedingsrecht – en overigens al honderden jaren binnen het recht als geheel – hebben gezien, waar het soms enige tijd duurt voordat in de wetgeving vastgelegde open normen zodanig in jurisprudentie zijn uitgekristalliseerd, dat overheidsinkopers daar zelfstandig mee kunnen omgaan en zonder zich daarover onzeker te voelen. Overigens: wie vindt dat die rechtsontwikkeling niet snel genoeg gaat en een handje geholpen zou moeten worden, die kan natuurlijk ook een pleidooi houden voor het ontwikkelen van een coherent en begrijpelijk stelsel van nadere regels buiten de jurisprudentie om, bijvoorbeeld over de vraag hoe om te gaan met formele gebreken in inschrijvingen.

6. Een alternatieve analyse van het dilemma

Zoals ik eerder stelde, hebben Jan Telgen en anderen het in de praktijk ervaren dilemma tussen doelmatigheid en rechtmatigheid aldus geproblematiseerd, dat overheidsinkopers uit angst om niet rechtmatig te handelen in de kramp schieten met als gevolg dat de doelmatigheid van de inkoop uit het zicht raakt.⁴⁰ Met ‘niet rechtmatig te handelen’ hebben zij dan enkel het oog op die gedragingen van inkopers die in strijd zijn met de in het aanbestedingsrecht uitgewerkte primaire verplichting van aanbestedende diensten om ondernemingen gelijke kansen te bieden. Wanneer het echter inderdaad zo is dat inkopers – uit vrees in strijd met die laatstbedoelde verplichting te handelen – onvoldoende doelmatig inkopen, dan handelen die inkopers mogelijk in strijd met de in de Aanbestedingswet opgenomen verplichtingen waarmee de wetgever juist heeft beoogd de doelmatigheid van de overheidsinkoop te stimuleren: de verplichting om zorg te dragen voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen;⁴¹ de verplichting om de opdracht te gunnen aan de onderneming die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan;⁴² en de verplichting om zorg te dragen voor een zo groot mogelijke beperking van de administratieve lasten.⁴³ Blijkbaar bestaat er geen angst bij overheidsinkopers om in strijd met *die* verplichtingen te handelen?

Dat beeld wordt in ieder geval bevestigd door de rechtspraktijk, die laat zien dat ondernemingen relatief gezien nauwelijks procederen vanwege een vermeende schending door een aanbestedende dienst van een of meer van de hier-

voor genoemde zorgplichten.⁴⁴ Dat laatste is ook begrijpelijk: het primaire belang van een onderneming is er immers in gelegen haar kansen op het verwerven van de aanbestede opdracht te maximaliseren. Zij zal dan ook eerst en vooral op dat belang proberen te ‘sturen’ door de rechtmatigheid te betwisten van die beslissingen van een aanbestedende dienst die rechtstreeks van invloed (kunnen) zijn op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. De beslissing om een van de hiervoor genoemde zorgplichten (onbedoeld) niet dan wel onvoldoende na te leven, behoort niet tot deze categorie van beslissingen, tenzij een onderneming daar een steunargument aan zou kunnen ontleen voor haar stelling dat een aanbestedende dienst heeft gehandeld in strijd met diens verplichting tot het bieden van gelijke kansen.⁴⁵ Wat hier vervolgens nog aan kan worden toegevoegd – Jan Telgen heeft daar terecht op gewezen – is dat de verplichting tot het bieden van gelijke kansen in de Aanbestedingswet en in de jurisprudentie is uitgewerkt in een zeer gedetailleerd regelstelsel,⁴⁶ terwijl dat nu juist niet is gebeurd ten aanzien van de zogenoemde zorgplichten waarmee de wetgever de doelmatigheid van de overheidsinkoop heeft willen stimuleren.

Mogelijk ligt in het voorgaande de verklaring waarom overheidsinkopers zich zo sterk ‘aangetrokken’ voelen om te handelen conform de beginselen en regels die een uitwerking vormen van de verplichting ondernemingen gelijke kansen te bieden: hun beleidsvrijheid is als gevolg van de gedetailleerdheid van die regulering aanzienlijk ingeperkt, terwijl de kans om in rechte te worden betrokken op grond van een vermeende inbreuk op die regulering welhaast gegarandeerd lijkt te zijn. Maar dat kan mijns inziens toch *niet* verklaren waarom zij – in hun overmatige gerichtheid op de naleving van die regulering – inkoopprocessen vervolgens zodanig voorbereiden en inrichten dat die processen tot onvoldoende doelmatige uitkomsten leiden.

44 Het relatief beperkt aantal uitspraken heeft overigens in hoofdzaak betrekking op de zorgplicht van art. 1.4 lid 2 Aw 2012, zie: Rb. Noord-Nederland (vzr.) 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, JAAN 2014/13, m.nt. E. Verweij, r.o. 4.3 en 4.4; Rb. Noord-Nederland (vzr.) 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367, JAAN 2014/26, m.nt. E. Verweij, r.o. 4.2 en 4.3; Rb. Den Haag (vzr.) 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965, r.o. 4.11; Rb. Den Haag (vzr.) 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10438, JAAN 2015/220 t/m 2015/222, m.nt. C.E.C. Jansen, r.o. 5.4; Rb. Amsterdam 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9752, JAAN 2016/48, m.nt. J.C. Langeveld, r.o. 4.6; Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104, JAAN 2016/58, r.o. 4.90 en 4.91; Rb. Amsterdam (vzr.) 13 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2287, JAAN 2016/119, r.o. 4.2 t/m 4.4; Rb. Overijssel (vzr.) 30 september 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:3761, JAAN 2016/252, m.nt. G. Verberne en T. Ruers, r.o. 4.1 t/m 4.9; Rb. Den Haag (vzr.) 12 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4854, JAAN 2017/153, r.o. 4.2; Rb. Amsterdam (vzr.) 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504, JAAN 2017/156, r.o. 4.8. Zie hierover ook C.E.C. Jansen, ‘De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijck, De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk ‘maatschappelijke waarde’ voor de publieke middelen, TBR 2015/22, p. 130-135; TBR 2015/80, p. 463-465.

45 C.E.C. Jansen, ‘De inschrijver als hoeder van het algemeen belang? Reactie op A.J. van Heeswijck, De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk ‘maatschappelijke waarde’ voor de publieke middelen, TBR 2015/22, p. 130-135; TBR 2015/80, p. 463-465.

46 Zie paragraaf 5 hiervoor.

40 Zie paragraaf 2 hiervoor.

41 Art. 1.4 lid 2 Aw 2012.

42 Art. 2.114 lid 1 Aw 2012.

43 Art. 1.6 Aw 2012.

Zoals hiervoor al werd betoogd, staat de gedetailleerde, op kanselijkheid gerichte, regulering er immers op zichzelf niet aan in de weg dat bij de voorbereiding en inrichting van die procedures doelmatige keuzes worden gemaakt.⁴⁷ En in zoverre is het dan ook geen oplossing, zoals door Telgen is voorgesteld, om wat betreft de verplichting tot het bieden van gelijke kansen, de beleidsvrijheid van overheidsinkopers te vergroten door van een ‘rule based’-benadering van die verplichting over te stappen naar een ‘principle based’-benadering.⁴⁸ De kern van het probleem zit volgens mij elders: in de *governance* van de bevordering van de doelmatigheid van de overheidsinkoop.

Om die doelmatigheid te bevorderen, heeft de wetgever er zoals gezegd voor gekozen een aantal daarop toegespitste verplichtingen in de Aanbestedingswet op te nemen. Men kan er op zich over discussiëren of het wenselijk en noodzakelijk is om de primaire en eventuele additionele doelstellingen die met overheidsinkoop kunnen worden bereikt – zeker wanneer debat mogelijk is over de vraag of dat inderdaad allemaal doelstellingen van overheidsinkoop zouden moeten zijn⁴⁹ – door middel van verplichtingen van aanbestedende diensten in de Aanbestedingswet te reguleren.⁵⁰ Feit is dat die regulering zich op dit moment slechts beperkt tot enkele abstracte, open normen – ik doel hier op de eerder genoemde zorgplichten – die overheidsinkopers een ruime beleidsvrijheid laten wat betreft de wijze waarop zij de met die bepalingen beoogde doelstellingen dienen te realiseren. Terzijde: ook in zoverre kan dus worden betoogd dat de Aanbestedingswet overheidsinkopers geen strobreed in de weg legt om bij de voorbereiding en inrichting van hun aanbestedingsprocedures keuzes te maken die bijdragen aan de doelmatigheid van de inkoop.⁵¹ Vanuit een cynische benadering zou men vervolgens kunnen stellen dat het niet verwonderlijk is dat overheidsinkopers zich weinig ‘aangetrokken’ voelen deze nauwelijks instrumenteel te noemen zorgplichten na te leven, anders dan geldt voor de zeer gedetailleerde regulering van de verplichting om ondernemingen gelijke kansen te bieden. In een dergelijke benadering gaat men er dan van uit dat inkopers gevoelig zijn voor de ‘command and control’-prikkel die uitgaan van laatstbedoelde regulering en dat vergelijkbare prikkels nu juist ontbreken wat betreft de open normen waarmee de wetgever beoogt te sturen op het bevorderen van de doelmatigheid van de overheidsinkoop. Zoals hiervoor al duidelijk werd, geldt dat laatste zeker voor wat betreft het ‘control’-aspect: de niet-naleving van de bedoelde zorg-

plichten zet ondernemingen er immers nauwelijks toe aan in rechte de handhaving daarvan te eisen.

Ik ben zelf geen voorstander van deze benadering, omdat ik me sterk afvraag of ‘command and control’-regulering de meest ideale vorm van *governance* is om inkopers te bewegen tot het maken van doelmatige keuzes bij de organisatie van de overheidsinkoop. Op het gevaar af dat mijn benadering voor naïef wordt gehouden, wilde ik er toch maar van uitgaan dat het ook de intrinsieke wens van inkopers zelf zal zijn om bij die voorbereiding en inrichting zoveel mogelijk keuzes te maken die bijdragen aan een doelmatige overheidsinkoop. Als de Aanbestedingswet hen op zich niet verhindert dat te doen, wat zou er dan vervolgens moeten gebeuren om te bewerkstelligen dat zij dat ook daadwerkelijk *gaan* doen, uitgaande van de veronderstelling dat zij dat nu nog *onvoldoende* doen? Ik zie twee mogelijkheden, die nadere verkenning en doordenking verdienen alvorens men besluit hoe de *governance* van de bevordering van de doelmatigheid van de overheidsinkoop in de toekomst verder vorm te geven.

Een eerste mogelijkheid veronderstelt dat het op zich *objectief* duidelijk is – in termen van kennis en vaardigheden – hoe een inkopende organisatie, binnen de kaders van de Aanbestedingswet, de overheidsinkoop in het concrete geval zou moeten organiseren om de met die inkoop beoogde doelstellingen maximaal te kunnen realiseren. Het feit dat inkopende organisaties er op dit moment nog niet in alle gevallen in slagen dat voor elkaar te krijgen, zou kunnen betekenen dat een aantal van hen zich die kennis en vaardigheden nog onvoldoende eigen heeft gemaakt. Als *dat* een juiste diagnose van het probleem is, dan liggen de uitdagingen inderdaad op het vlak van de professionalisering zoals op dit moment door velen wordt verondersteld.⁵² Er is ook nog een tweede mogelijkheid denkbaar. En die mogelijkheid houdt in dat het op dit moment, ook objectief bezien, nog onvoldoende inzichtelijk is hoe de overheidsinkoop in concrete gevallen het beste kan worden georganiseerd met het oog op *alle* doelen die een aanbestedende dienst met die inkoop zou willen en of zou moeten realiseren, rekening houdend met de verplichting om ondernemers gelijke kansen te bieden. Dat de wijze waarop die laatstbedoelde verplichting in de Aanbestedingswet is gereguleerd er niet aan in de weg staat dat overheidsinkopers ook doelmatige keuzes maken bij de organisatie van de overheidsinkoop, behoeft immers nog niet te betekenen dat het ook objectief in alle opzichten duidelijk is *hoe* zij die keuzes vervolgens moeten maken. Ik roep in dit verband in herinnering dat de aanbestedingswetgeving in hoofdzaak altijd sterk gericht is geweest op het bevorderen van gelijke kansen voor ondernemingen. De politiek is zich ten

47 Zie paragraaf 4 hiervoor.

48 Nog afgezien van de kanttekeningen die daar verder bij kunnen worden geplaatst, zie paragraaf 5 hiervoor.

49 Zie paragraaf 3 hiervoor.

50 Zie hierover bijvoorbeeld W.A. Janssen, ‘Maatschappelijk verantwoord aanbesteden; van een procedurele naar een instrumentele benadering van het aanbestedingsrecht’, *TA* 2012, p. 7-17. Zie ook het interview met Pieter Kuypers, ‘Aanbestedingsrecht wordt te complex’, *Aanbestedingscafé.nl*, 22 februari 2016, gepubliceerd op: <https://www.aanbestedingscafe.nl/aanbestedingsrecht-wordt-te-complex/>.

51 Zie opnieuw par. 4 hiervoor.

52 Deze benadering vormt bijvoorbeeld de kern van het door de regering ingezette traject Beter Aanbesteden, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 252, nr. 2 en de brief van Staatssecretaris Keijzer van EZK van 16 februari 2018 waarmee zij de actieagenda Beter Aanbesteden aan de Tweede Kamer heeft aangeboden, *Kamerstukken II* 2017/18, 34 252, nr. 4. Zie eerder ook H.D. van Romburgh, *Quod non est in actis... Van proportionaliteit naar professionaliteit*, inaugurele rede RUG 2014, p. 12.

tijde van de totstandkoming van de Aanbestedingswet pas in een betrekkelijk laat stadium gaan realiseren dat overheidsinkoop over heel veel meer gaat. De wijze waarop dat gegroeide inzicht vervolgens in wetgeving is vertaald – ik doel hier opnieuw op de eerder genoemde zorgplichten – geeft er weinig blijk van dat destijds goed is nagedacht over de precieze onderlinge verhouding tussen de doelstellingen die met die algemeen geformuleerde bepalingen zijn beoogd, hun interactie met de gedetailleerde bepalingen die aanbestedende diensten verplichten om ondernemingen gelijke kansen te bieden, laat staan dat goed lijkt te zijn nagedacht over de integrale *governance* van de overheidsinkoop, gegeven alle daarmee gemoeide belangen en doelstellingen.⁵³ Als *dat* een juiste diagnose van het probleem is, dan ligt de uitdaging op een geheel ander vlak en dient eerst kennis te worden ontwikkeld alvorens men überhaupt een professionaliseringsslag kan gaan maken. Kennis over hoe inkopers binnen de bestaande juridische kaders het beste keuzes zouden kunnen maken om alle doelstellingen, die we inmiddels aan overheidsinkoop zijn gaan verbinden, optimaal te kunnen realiseren. Kennis ook ten aanzien van de optimale mix van sturingsmechanismen om te bewerkstelligen dat inkopers die keuzes ook daadwerkelijk gaan maken.

7. Besluit

Voor beide hiervoor geschetste mogelijkheden geldt natuurlijk dat kennis nodig is. Ik ben Telgen dankbaar voor het feit dat hij zich al die jaren zo onvermoeibaar heeft ingezet om aan het ontwikkelen van die kennis bij te dragen. Die dankbaarheid gaat gepaard met bewondering voor de interdisciplinaire insteek die hij in dat kader steeds heeft gekozen, uitgaande van de premisse die hij wat mij betreft terecht als uitgangspunt nam in het artikel dat voor mij de aanleiding vormde voor het schrijven van deze bijdrage:

‘Doelmatigheid versus rechtmatigheid is dan ook geen tegenstelling of dilemma: we moeten doelmatig handelen en daarbij binnen de grenzen van de rechtmatigheid blijven.’⁵⁴

Over de auteur

Prof. mr. C.E.C. (Chris) Jansen

Hoogleraar privaatrecht en verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij is tevens gasthoogleraar (TPR wisselleerstoel) bij het Centrum voor Overheid en Recht (CORE) aan de Universiteit Hasselt en voorzitter van de Commissie van Aanbestedings-experts (CvAE).

⁵³ In mijn colleges zeg ik wel eens dat overheidsinkoop als gevolg van al deze ontwikkelingen inmiddels ‘rocket science’ is geworden. Zie ook het interview met schrijver dezes en met Elisabetta Manunza, ‘Hoogleraren: “Inkoop is rocket science geworden”’, *Aanbestedingscafé.nl*, 29 maart 2018, gepubliceerd op: <https://www.aanbestedingscafe.nl/hoogleraren-inkoop-is-rocket-science-geworden/>.

⁵⁴ J. Telgen, ‘Doelmatigheid versus rechtmatigheid’, *Tender Nieuwsbrief* 2015/5, p. 1.